alegⁿ 50.   numᵒ. 558

40

POR
D. FRANCISCA ANTONIA MARTEL,

EN EL PLEYTO

CON
D. ALONSO IOSEPH MARTEL.

N. 1. LOs Vinculos sobre que es este pleito son de eleccion, y esto no es dudable, ni disputable ya: porq̃ la duda q̃ podia auer, si en la fundaciõ de Beatriz Fernandez de Tobar huuo diferentes disposiciones, regular y electiua: o si la agregaciõ que despues se hizo fue irreuocable, y mudô y alterô la facultad de elegir? Todo esto se disputò y vẽtilò copiosamente en el pleyto que se litigò en esta Chancilleria sobre la misma succession, entre D. Pedro Ioseph Martel, vltimo posseedor destos Vinculos, y D. Diego Martel su hermano primogenito, padre del que litiga, que pretendia lo mismo que aora se pretende, y impugnaua el nombramiento que Don Alonso Martel padre de los litigantes, auia hecho en el mismo Don Pedro, por los mismos medios que aora se bueluen a repetir: & tandem huuo Carta Executoria en que se declarô por verdadero y legitimo sucessor al dicho Don Pedro, en virtud del nombramiento y eleccion que su padre le hizo, y se puso perpetuo silencio al dicho Don Diego, como consta mas largamente de la Executoria, y alegaciones que se refierẽ en el Memorial desde el num. 18. hasta el 25. Con lo qual ya esta disputa no es tratable, pues se opone derechamente cõtra la Executoria, en la qual por presupuesto necessario quedô de-

A   termina-

terminado que la sucesion es de eleccion, y por auerse litigado con el primogenito y principal interesado con tan pleno conocimiento, prejudica a todos los sucessores que vinieren por el mismo titulo y derecho, vt latê comprobat D. Molina, *de primogenijs lib. 4. cap. 8. n. 4. & 5.*

2 Y de otra manera si se boluiesse a abrir la puerta a la disputa en qualquier vacante fueran infinitos los pleytos de Mayorazgos, y no se pudiera dar punto fixo en las dudas de las fundaciones.

3 A que no obsta dezir que Don Diego Martel no se defendio bien, porque no interpuso la segunda suplicacion. Porq̃ en quanto a la defensa, lo contrario consta de la misma Executoria, y de las alegaciones que hizo Don Diego, que son las mismas que aora haze su hijo, sin añadir ninguna: y el no auer interpuesto la segunda suplicacion, fue aduertencia prudente, porque reconocio el defecto de su justicia, y no quiso perder las mil y quinientas doblas que auia de pagar, pues pudo justamẽte juzgar que en vn pleyto donde tanta defensa se hizo, y tan largamente se escribio en Derecho por su parte, auiendolo perdido en Vista y Reuista por tan gran Tribunal, no tuuo mas que esperar para quedar desengañado, y no perder mas tiempo, ni dinero: argumento textus *in l. quotiens. §. sicut. ff. de administratione tutorum*, donde se prueba que no está obligado el Tutor a seguir el pleyto de mal segura justicia, ni se dirà por esto, que tuuo omission: *Nam non probibentur tutores bonam fidem agnoscere. l. si fideiussor. 29. §. quædam. ff. mandati. Vbi non imputatur fideiussori, si omissit exceptiones quæ sũt de apicibus iuris, si de veritate negotij disputauit.* Y alli la glossa, *de apicibus*, nota, *quod non est curandum de apicibus iuris.* Y supuesto que la cosa juzgada se tiene por verdad y assi se presume, no debio Don Diego Martel interponer la segunda suplicacion y obrò como diligentissimo Padre de familias, y no se le puede imputar culpa, ni omission alguna.

4 Esto supuesto, no solo es de eleccion esta succession, sino de eleccion perpetua y real transitoria en todos los successores actiuè & passiuè: y aunque esto se prueba bien por la Executoria, las clausulas de la fundacion son claras, porque aunque en la primera Clausula de Beatriz Fernandez de Tobar dize que dexa las Casas al Licenciado Rodrigo Duran perpetuamente

para el y para sus descendientes, auiendolas siempre el hijo mayor, se las dexa con el cargo de las Capellanias, y el Patronato para que sea Patron dellas, y despues del, su hijo mayor, o el q̃ el nombrare, y sus descendientes dellos para siempre jamas. Et ibi: *Las quales pague el dicho Licenciado Duran, y despues del sus descendientes.* Y luego se declara mas boluiendo a repetir para quitar la duda del llamamiento del hijo mayor. Y dize: *Por manera que por sucession de vno en otro vaya el dicho Patronato, en que el dicho Licenciado pueda nombrar a su hijo mayor, o à qualquiera dellos q̃ quisiere: y esta misma orden tengan los que despues del sucedieren para siẽpre jamas.*

5 Y despues le instituyô por heredero en el remaniente de sus bienes, y quiso que el prelegado que le auia hecho de las Casas y el Patronato, se juntasse con los demas bienes, y toda fuesse indiuiduo para que *sucediesse por via de Vinculo y Mayorazgo el dicho Licenciado, o su hijo mayor, o vno de los hijos qual el quisiesse nombrar en su testamento, y fuera del: y la misma orden se tenga en los sucessores del dicho Licenciado.*

6 No es dudable que esta fuẽ disposicion perpetua y transitoria, porque las Capellanias lo fueron, y el Patronato, y luego lo vniô con el remaniente, y todo lo hizo Vinculo y Mayorazgo. Y estas palabras, quando no huuiera mas fundamento, induzen perpetuidad ex sui natura, vt tradit Dominus Molina *de primogenitis, lib.1.cap.3.n.14.* donde dize, *Quod Maioratus successio debet esse perpetua, deferrique ad omnes de familia, etiam in millesimo gradu.* Y que para esto no es menester hazer llamamiẽtos, sino solo dezir que haze Mayorazgo: *Et si nihil aliud adiungat, nullasque alias conditiones adducat,* vt ait ipse Dominus Molina, *vbi proximè num.1.*

7. Y lo mismo procede en la facultad de elegir, que quando se concede al primer llamado en el Mayorazgo y no se concede a los demas, ni el fundador hizo otros llamamientos, en estos terminos la facultad se reputa por perpetua y transitoria actiuè & passiuè a todos los llamados, solo por la presumpciõ que resulta de la sujeta materia, hoc est, por ser el Mayorazgo ex sui natura perpetuo: sic latè comprobat Dom. Ioannes del Castillo *controuers. lib.5. cap.87 ex n.1 cũ seqq. præcipuè n.17.* dõde resuelue que concedida la facultad de elegir al primero, se extiende y passa à todos los sucessores *in futurum ex subiecta materia*

teria perpetuitatis, scilicet, Maioratus ratione. Lo mismo dixo en el *lib. 4. cap. 36. nu. 90. Quia ex natura perpetua Maioratus, & ex tractu successiuo ius primo vocato statutum, atque concessum in vlterioribus quoque statutum, & concessum intelligitur*. Et in specie electionis tradunt Gama *decis. 206. num. 8. & 9. Menochius consi. 158. num. 8. lib. 2* Cabedo *decis. 134. per totum. 1. p. Qui ex subiecta materia perpetuitatis extendunt electionem primo vocato concessam ad vlteriores, & expendunt singulare consilium, Ancharrani. 27. num. 7. in versi. cum ergo legatum*, latissimê comprobat el señor D. Iuan de Larrea, *disputatione 31. per totam, tomo. 1. præcipue num. 4.* Carpio *de executoribus. lib. 2. cap. 91. num. 46.*

8 Y de la misma manera que la facultad de elegir actiua, fue perpetua, real y transitoria en todos los sucessores, de essa misma manera fue perpetua, real y transitoria la facultad de elegir passiua entre todos los descendientes del Licencado Rodrigo Durã, en cuyo fauor se hizo la fundacion, y assi todos ellos quedaron comprehendidos en la facultad passiua de ser elegidos, y entre ellos se debe hazer la eleccion, y porque la misma fundacion se les adquirio derecho para ser elegidos, taliter que el posseedor no les dâ nada en la eleccion, porque de necessidad debe elegir, y en eligiendo no sucede el electo por la disposicion del elector, sino por la fundacion principal, vt probat textus *in l. vnũ ex familia. ff. de legatis. 2. in princip.* ibi: *Hæres eligere debet ei quem elegit, frustra testamento suo legat, quod postea quam electus est, ex alio testamento petere potest*. Y es de notar la palabra *eligere debet*, que induze necessidad. Y assi lo aduierte la glossa *verbo debet*, ibi: *Non enim est in potestate hæredis an debeat, sed cui de familia det*: vt Probat ipse textus *in dict. l. vnum ex familia. § si de falcidia*, ibi: *Non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est, quid est enim quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit omnino reddere debuit?* tradit late D. Molina *lib. 2. cap. 4. num 5. & 6. vbi additionator*. Y esto es porque todos los de la Familia estan llamados al fideicomisso sub conditione electionis, y estando elegido vno *paritur est voluntati, & cæteri conditione deficiunt*: y assi si el que debe elegir no elige, *omnes de familia fideicommissum petent l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. l. cum quidam 24. ff. eodem*, ibi: *Idem ait si neminem eligat omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri, quasi iam præsenti die datum cum sic relinquitur, quibus voles nec vlli offerat*. Y esto es, porque estando llamada la Familia se adquiere de.

re derecho passiuo a todos los que fueren della para ser elegidos, y este derecho es perpetuo, real y transitorio, como lo es la facultad actiua en los sucessores, vt notat Gothifredus *in. d. l. vnum ex familia, verbo Debet*, y milita en los eligendos la misma razon de perpetuidad ex natura Maioratus, que en los sucessores que han de elegir.

9 Porque esta facultad es reciproca y real, y por razõ de la perpetuidad se extiende de vnos a otros entre todos aquellos que son llamados, por ser descendientes de la familia de Rodrigo Duran, por estar todos comprehendidos en el nombre collectiuo de descendientes y de la familia, eo ipso que se dexô esta disposicion por via de Vinculo y Mayorazgo; y assi se comprehenden no solo los hijos y descendientes, sino los transuersales no descendientes, porque todos vienen en el llamamiento ordine succesiuo & gradatim, quando la fundacion es regular: y esto se entiende aunque no se diga expressamente. Y el auer hecho mencion especifica de los hijos, no fue restriccion, ni limitar la facultad, sino darles grado y prelacion en la eleccion, como la pudieran tener en la succesion si fuesse regular. *l. cum ita. 33. §. in fideicommisso. ff. de legatis. 2. l. peto. 69. §. frater. ff. eod. l. pronũtiatio. ff. familiæ. ff. de verbo. signific. l. final. C. eod.* plures allegat D. Castillo *lib. 2. controuers. cap. 22. n. 57. cum sequentib.* Rota per Farinac. *in recent, tom. 1. decis, 193.* D. Molina *de primogen. lib. 1. capit. 4. n. 32. cum seqq.* Donde resuelue que aunque el Meyorazgo se haga en fauor de ciertas personas nombradas y de sus descendiẽtes, no se restringe el llamamiento solo a los nombrados, sino a todos los de la familia, y los transuersales, etiam aunque no se aya hecho mencion dellos, y que la mencion solo obra precedencia en la sucession, vt patet ibi: *Is namque qui Titio & suis descendentibus aliqua bona iure Maioratus possidenda reliquit, vel in persona Titij, ac descendentium eiusdem Maioratum fecit, non videtur ad solos nominatos Maioratus qualitatem restringere, sed ea bona vniuersæ familiæ iure Maioratus relinquere, & inter eos qui ex familia processerint nominatis præcedentiam tantùm in successione tribuere: ideoq; verba ista in hunc sensum intelligenda erunt, vt scilicet Titius, atq; eius descendentes ea bona iure Maioratus possideant, ita vt vltimò ex descẽdentibus Titij deficiente Maioratus ipse non deficiat, sed ad proximiores non nominatos, & sub hoc verbo Maioratus comprehensos, eius successio deuoluatur: hoc namque comprehendit ea conditio, vt bona ipsa iu*

re Maioratus possideant prout supra ostensum est, quod probatur in simili, ex textu cum ita legatur. 9. in fideicommisso. ff. de legatis. 2. vbi disponitur quod in fideicommisso relicto familiæ non debent succedere solùm hi qui ex ipsa familia nominati sũt, sed post eos extinctos omnes qui ex familia processerint ordine successiuo admittendi erunt: nominatio namque, atque specificatio personarum solùm tribuit nominatis præcedentiam successionis, non autem aliorum exclusionem operatur. Y en el num. 39 resuelue lo mismo, quando el Mayorazgo se dexô para conseruacion de la familia y descendencia del instituidor, o de otra persona en cuyo fauor se hizo, vt ait nu. 43. Quia tũc se debe conseruar perpetuamente *per subrogationem eorum qui ex eadem familia processerint, siue hi descẽdentes sint, siue transuersales instituttores, vel illius in cuius fauore fuit factus Maioratus.* Comprobat ex pluribus latè Lima ad Molinam *dict. cap. 4. n. 38.* donde resuelue, *Quod in Hispaniorum primogenijs vera & communis resolutio est, quod Maioratus institutio non solùm simpliciter & absolutè facta, verum etiam contemplatione certarum personarum, nedum ipsas personas nominatas, sed etiam transuersales comprehendit: ideoque nõ solũ in descendentibus primi institutoris, & illarum personarum quæ specificè vocantur, sed in transuersalibus quoque, & illorum descendentibus perpetua esse debet, & specificatio personarum nominantis tantùm præcedentiam successionis tribuit: & sic non tantùm descendentes, verùm etiam quoad transuersales, licèt de transuersalibus in erectione in Maioratu nullam mentionem fecerit, quia hoc verbum Maioratus, absolutum est, & generalissimum, & dubio procul omnes de familia comprehendit.*

10 Y esta es la razon por que en la facultad de elegir, concedida en el Mayorazgo al primero llamado, es perpetua, real y trãsitoria a todos los successores actiuè & passiuè, porque no es personal, sino real y concedida al sucessor tanquam successor entre los descendientes y llamados en aquel Mayorazgo, vt comprobat Dominus Larrea *dict. dispu. 31. per totam, præcipuè num. 18.* donde dize que quando *successori iniungitur electio, id est, cùm testator disposuerit eligere debere successorem Maioratus, id enim respiciat omnem successorem, quicumque ex electione successerit, poterit eligere, & vlterius electus successorem nominare, quia tunc velut accessoria electio iudicatur, & assumit naturam Maioratus, qui vt transit ad successores & perpetuus est, ita & similiter electio.* Y en el num. 34 dize, *Quod quoties electio successori Maioratus conceditur, rem ipsam afficit, id est, quando sub nomine primi vocati comitatur, si id fieret quasi suc-*

si successor, tunc ad omnes alios extenditur, & velut reale ius electionis non personale consideratur; sin verò non successori electio datur, sed nomine proprio, tunc quidem ex sua essentia personalis electio existimatur, & non valet vltra nominatum progredi ius eligendi. Y en este caso la facultad de elegir se concedio generalmente a todos los successores sub nomine dignitatis entre los hijos y descendientes de Rodrigo Durã, y assi no fue limitada la facultad de solo los hijos de los posseedores, ni ay clausula que tal diga; y aunque lo dixera, importaria poco, porque como el Mayorazgo se hizo para los hijos y descendientes de Rodrigo Duran, y los que oy litigan son todos descendientee del, qualquiera es capaz de ser elegido: y si el vltimo posseedor huuiera tenido hijos, no es dudable sino que tuuieran primer lugar en la eleccion; pero no auiendolos tenido pudo muy bien nombrar a su hermana, por ser como es descendiente de Rodrigo Duran, y comprehẽdida en el llamamiento: ita in specie electionis tradit Pereyra de Castro *decis. 8. per totam, præcipuè num. 2.* donde auiendo vn testador llamado a su hija en primer lugar, y luego a los del trõco y generacion de su madre, y dado facultad de elegir, se dudò si podrâ elegir a vno de la familia de la madre, aunque no fuesse descendiente del tronco? y parecia que si, *Quia verba satis ostendunt causas finales suæ dispositionis eam fuisse, vt Maioratus in familia conseruetur, vocando contentiuè familiam ita vt omnes in eadem vocatione comprehendantur. l. pronuntiatio. §. familia. ff. de verb. signific. Non verò effectiuè in eum sensum vt solûm descendentes â matre præferret; non enim debemus intelligere cẽsisse de descẽdentibus matris vt trãsuersales excluderet, cûm ipse testator descẽdẽtes nõ habuisset & transuersales sint respectu eius matris descendentes, ac sunt alij agnati & consanguinei. Si igitur coniectamur ipsius voluntatem, hæc esse videtur, sequendo loquendi morem præsumendum est. Quod si testator interrogaretur, an post mortem consobrini, eius frater nominare posset? Quod ipse responderet quod sic, cum par affectionis ratio verse tur inter vtrũque, quia cum primo loco admisserit collaterales, non videtur illos voluisse ampliùs excludere.* Y aunque en el num. 3. resuelue lo contrario, es porque en la fundacion no solo estauan llamados los de la familia de la madre, sino que fuessen del tronco: y assi dize que precisamente ha de ser del tronco electo, *quia debet eligi illum, in quo illæ duæ qualitates concurrebant, scilicet quod esset de familia & de tronco: non verò alium de familia transuersalem, qui non esset de zypo.*

Y pues,

11 Y pues aqui se halla Doña Francisca Antonia, de la familia y tronco, porq̃ es descendiente de Rodrigo Duran, pudo y debio ser elegida por el vltimo posseedor en defecto de tener hijos: comprobat Gama *decis.206.n.12.* donde estaua concedida facultad de elegir entre los hijos, y resuelue que esta misma facultad se repite en otros que no sean hijos; y asi se presume la voluntad del fundador, por auer hecho disposicion perpetua, y mandado que no se diuidiessen los bienes, *Quia dictum illud speciale, denominatione facienda, inter filios ampliatur per rationem istam generalem, quæ colligitur ex clausula generali, ibi:* Y para siempre andarà jũto en vna persona. *Et ratio generalis illa debet ampliare dictum denominatione facienda inter filios, vt generaliter facultas nominandi concessa sit alijs successoribus.* Comprobat etiam Menoch. *cons.597.n.14.& 20.vol.5.* donde resuelue que la facultad de elegir, se entiende entre todos los descendientes de la familia, *gradatim, & salua gradus prærogatiua*, eligiendolos por la misma orden que huuieran de suceder *etiam seclusa electione.* Comprobat Ioannes Garcia *de nobilit. glos.1.§.1.vers.& durauit.n.27* donde dize que en qualquier disposicion perpetua, acabada la linea de los llamados, expressamente *admittuntur alij, per quos verisimiliter præsumptiuè testatoris familia conseruasset.* Y por esta razon dize, *Quod postremus ex nominatis ad conseruandam perpetuitatem eligere debet successorem, cum debeat nominare quem lex successorẽ faciat, quia cum quis admittitur ratione perpetuitatis admittitur cum omni causa fideicommissi.* Y asi si la Testadora en este caso quiso que los hijos no sucediessen iure regulari, sino por eleccion del posseedor, y desta manera quiso conseruar la perpetuidad del Mayorazgo; no teniendo hijos el posseedor, es forçoso que entren en la sucession sus transversales in locum filiorum, para conseruar la perpetuidad del Mayorazgo, y auiã de suceder con la misma calidad de eleccion, y entre ellos debe elegir el posseedor el que quisiere, porque esta calidad de elegir es perpetua, real y trãsitoria entre todos actiuè & pasiuè.

12 Reconociendo la otra parte la fuerça destos fundamentos, dize que caso que Don Pedro Ioseph pudiera elegir entre transuersales, no pudo elegir a su hermana teniendo vn hermano varon, que es Don Alonso Martel del Habito de Santiago y a la parte contraria, que es hijo de Don Diego hermano mayor, y està en la linea primogenita: siendo asi que en la sucession

de

de los Mayorazgos, la linea y el sexo tiene prelacion a las hembras.

13 Esta objecion se excluye facilmente, porque supuesto q̃ esta sucession es de eleccion, en ella no se atiende, ni se debe atéder a la linea, ni al sexo, ni al grado, ni a otra ninguna prerrogatiua, y esta es doctrina certissima: quando la facultad de elegir es libre y absoluta, como aqui lo es, pues expressamante se cócedio al posseedor para que eligiesse el que quisiere. Esta palabra es verbo significatiuo de libre volũtad, vt tradit Bartol. & scribentes *in. l. 1. ff. de legatis. 2. & in. l. fideicommissam. §. quanquam, & §. si sic. ff. de legatis. 3. & in Extrauaganti ad reprimendam, in gloss. verbo Videbitur.* & est bonus text. *in. l. vnum ex familia. §. rogo. ff. de legatis. 2* ibi: *Rogo fundum cum morieris, restituas libertis, cui voles quoad verba attinet, ipsius erit electio.* Y assi siendo libre la eleccion, como aqui lo fue, pudo muy bien Don Pedro elegir a su hermana, siendo como era de las comprehendidas y llamadas a la eleccion, por ser descendiente de Rodrigo Duran. Probatur ex textu *in. d. l. vnum ex familia. §. si falcidia,* ibi: *Itaq; si cum fortè tres ex familia essent, eiusque fideicommissum reliquit eodẽ, vel dispari gradu satis erit vni reliquisse, nam postquam paritum est voluntati, cæteri conditione deficiunt. l. cum quidam. ff. de legat. 2* ibi: *Rogo restituas libertis meis, quibus volueris, Marcellus putauit posse hæredem, & indignum præferre.* Y en terminos lo prueba el señor Luis de Molina *de primogen. lib. 2. cap. 5. n. 4.* donde dize que es efecto de la libre facultad el poder nombrar hembra menor, aunque aya varõ mayor; y desta opinion fue el P. Molina, Mieres, Alexandro Raudense, Paz, Gutierrez, y otros, a quien refiere y sigue Lima ad Molinam. *d. n. 4.* donde reprueba y responde al señor Don Iuan del Castillo, que quiso defender lo contrario en el *cap. 26. del lib. 2.*

14 Y no obstarà contra esto dezir que esta resolucion procede quando la facultad se concedio para elegir entre hijos y hijas, que es en los terminos en que hablan las doctrinas referidas, no quando se concedio solo entre hijos, como aqui, que no se hizo mencion de las hijas, q̃ en este caso por ser la materia odiosa no recibe extension, vt tenet in specie el señor Paz *de tenuta, cap. 34. num. 115.*

15 Porque a esto se responde, que si la Clausula dixera: *Entre hijos y hijas,* aun pudiera auer materia de duda, porque ~~el~~ orden

 y forma

y forma en la eleccion ~~y que~~ poniendo primero los hijos y des pues las hijas, no auia para que disputar de la question, si en la palabra *hijos*, se comprehendian las hijas. Pues si en la fundació se hallassen llamadas expressamente, no fuera dudable que no se comprehendian en la palabra *hijos*. Y assi los Doctores q̃ disputan esta question: Si se puede elegir hija omitiendo el hijo? no lo dudan por la comprehension, sino por la voluntad de el testador, y por la prelació y graduacion del llamamiento. Y en estos terminos es la mas verdadera resolució, que si la facultad de elegir es libre y absoluta como aqui, se puede elegir la hembra omitiendo el varon. Y en esta especie procede la doctrina de el señor Molina y los demas, pro vtraque parte disputat el señor Paz *dict. cap. 34. ex n. 97. vsque ad num.* 110. donde refiere los fundamentos de vna y otra opinion, y queda con que se puede elegir la hembra. Y responde a los fundamentos cótrarios desde el vers. *Hanc opinionem admittendo*. Y en el num. 111 in fine dize que esta no es materia odiosa, sino fauorable.

16 Pero quando la facultad no se concede entre hijos y hijas, si no solo entre hijos, tiene menos duda la question: porque regularmente en la palabra *hijo*, se comprehende la hija, como expressamente lo dize la *l. si quis* 16 *ff. de testamentar. tutel. Y la ley quisquis.* 116 *ff. de verbor. signific.* latè Menoch. *cons.* 1203. *vol.* 13 *num.* 37. Y en el num 42. refiere 30 autores, que prueban que en la palabra *hijos*, se cóprehenden hijas. Latissimè Fusarius *de substitutionibus. quæst.* 311. *per totam*, donde resuelve *quod filij vocati ad fideicommissum, tam masculi, quàm fœminæ dicuntur vocati*: Y en en el num 1. refiere todos los textos desta materia: y lo mismo resuelue en la *q.* 226. *per totam.*

17 En estos terminos cessa la razó de dudar de la otra questió, porque cessa el orden de la letra y la predileccion, que es lo q̃ hazia la dificultad: pero quando solo se haze mencion de los hijos, no se ha de atender al rigor de la palabra, sino a la méte, porque en la misma palabra van inclusas las hijas con tanta igualdad, que no se puede dezir que ay orden ni predileccion, mas en el hijo que en la hija. *l. cognoscere. §. liberor.* 56. *ff. de verbor. signific. d. l. quisquis.* 116 *ff. eod.* donde se puso la misma duda, vt patet ibi: *Quisquis mihi alius filijs, filiusve hæres sit, Labeo nó videri filiam contineri, Proculus contrà: mihi Labeo videtur verborum figuram sequi, Proculus mentem testantis. Respondi, non dubito quin Labeonis sententia vera non sit.*

Esta

18 Esta question no es necessario en este pleyto, porque Don Pedro Ioseph no dexò hijos, ni es la question entre hijos ni hijas del posseedor, sino entre transversales descendientes de Rodrigo Duran. Y en estos terminos no ay duda alguna, porque en la fundacion estan llamados todos los descendientes de Rodrigo Duran, y en fauor dellos se hizo el Vinculo. Y esta palabra *Descendientes*, es mas ampla y comprehensiua q̃ la palabra, *Hijos*, vt est text clarus *in d. l. cognoscere 56. de verb. signific.* vbi notat glos. verbo Descendentes *l. fin. C. de suis & legitimis, & authenti. de haeredib. ab intestato, in principio.* infinitos refiere Fusario *q. 305. n. 1.* donde dize, *Quod descendentibus vocatis, tam masculi, quã faeminae veniunt.* Y en la *q. 327.* resuelue, *Quod descendentes, vel liberi vocati ad fideicommissum omnes in infinitum vocati censentur.* Y assi supuesto que aqui se hizo este Viculo en fauor delos hijos y descendientes de Rodrigo Duran, y que la facultad de elegir, fue perpetua y real entre ellos con prelacion de los hijos de el posseedor, no auiendolos tenido Don Pedro Ioseph, pudo elegir a su hermana como descendiente y llamada, omitiendo el varon transversal en virtud de la libre facultad que tuuo. Y esto procede sin duda auiendo sido hembra la Fundadora, pues no se debe presumir que quiso excluir en ningun caso las hembras: y assi se ha entendido siempre que esta facultad es igual entre hembras y varones, como lo dizo Aluaro Duran en la agregacion que hizo en la segunda escritura, donde mandô se guardasse y cumpliesse en todo la voluntad y disposicion de Beatriz Fernandez, ibi: *Que se guarde la misma orden entre todos los llamados y sucessores, assi varones, como hembras perpetuamẽte.* Comprobat Gironda *de Priuileg. q. 91.* donde disputa: Si estando llamado el consanguinco mas proximo, se comprehenderà la hẽbra? Y resuelue que si.

19 Finalmente auiendo nombrado a su hermana vtrinq; coniuncta el vltimo posseedor, es lo mismo que si fuera hija: porq̃ le hermana se reputa *tanquam filia, & de linea fratris,* vt ex pluribus tenet Lima ad Molinam *lib. 3 cap 5. n. 72. in fin. D. Molin. libro. 3. cap. 4. n. 42. D. Castillo lib. 5. cap 92. n. 53.* Y assi aunque esta sucession fuesse regular, debiera suceder Doña Frãcisca, por ser hermana del vltimo posseedor, y la mas proxima; quanto mas auiendola el elegido y nombrado en virtud de la facultad libre que tuuo.

Y no

20 Y no obsta cõtra esto la doctrina del señor Paz en el *cap.34. n.115.* donde dize, que no se puede elegir hija quando no huuo llamamiento mas que de hijos: porque esta doctrina no tiene que ver en este caso, porque en este numero no habla de la eleccion que puede y debe hazer el sucessor en el Mayorazgo, en cuyos terminos auia hablado y disputado en los numeros precedentes, y resuelto lo contrario. Y despues disputa en este numero. Si procederà lo mismo en la eleccion q̃ haze el Comissario, a quien solo se cometio que eligiesse entre hijos? Y resuelue que aũque *appellatione filij veniant filiæ*, tamen limitatur en el Comissario que es mandatario, y no tiene arbitrio, sino obseruar el mandato estrechamente. Y en el *num.3.* dize, que la razon de diferencia *inter Testatorem & Commissarium est*, porque *mandatum ex sui natura est strictissimum, & non recipit interpretationem*: aliud est en el testador y sucessor que elige *nomine proprio, & tanquam dominus*, vt aduertit D. Castillo ex pluribus, *cap.87. lib. 5. num.25.*

21 Y quando huuiesse alguna duda en la eleccion de Don Pedro Ioseph (que no la ay) no la puede auer en la que hizo Don Alonso Martel. Porque aunque es disputado: Si el que tiene facultad de nombrar vno, puede nombrar muchos? La resolucion verdadera es, que quando no se prejudica al electo, ni ay Mayorazgo, ni se contrauiene a la disposicion de Derecho, se puede nombrar muchos; y la singularidad se verifica en la pluralidad, & è contra: ita latissimè D. Iuan del Castillo *lib. 6. cap. 121. ex num.47. cum seqq.* Sesse *decis.55. tom.1. n.4. & .12.* donde dize que el que tiene facultad de nombrar entre hijos, puede elegir como quisiere, eligiendo solo vno, o a muchos, *ad tẽpus & post alios, & inter eos quos poterat eligere, potest apponere substitutiones, & onera quæ voluerit, dummodo sint in fauorem illius, potuit nominari.* Tenet Lima ad Molin. *lib.2 cap.4. num.10. vsque .22. in fine.* Y assi pudo Don Alonso Martel nombrar a sus hijos gradatim; porque si Don Pedro Ioseph tuuo tan limitada facultad, que no pudo nombrar no teniendo hijos, no le quitò nada a su padre: y al Mayorazgo tampoco, porque nunca sucede mas que vno, ni contrauino a la voluntad de la Fundadora, porque ella solo quiso que se eligiesse vn descendiente que fuesse Patrono, ni a el primogenito, pues fue llamado sub electione, y assi no ay repugnancia en este nombramiento de muchos successiuè.

cessiuè. Y desta forma se ha practicado siempre, pues Rodrigo Duran que fue el primero llamado, y el que conocio a la Fundadora, y supo su voluntad, nombrò a todos sus hijos gradatim. Y no procede en este caso la doctrina de la *l. mortuo boue. § hoc sermone*, porque no tiene lugar en las sucessiones que tiené tracto successiuo, como esta, ni quando por el primer nombramiento *non est plenè satisfactum*: ita in specie tradit Dominus Castillo. *d. cap.* 87. *tom.* 5. *num.* 30. Ioannes Gutierrez *pract. lib.* 3. *q.* 48. *num.* 18.

Finalmente no obsta dezir, que la eleccion que hizo D. Alõso Martel, no fue libre. Porque en la Capitulacion Matrimonial se obligò de nombrar los hijos, y despues el nombramiento que hizo fue forçado. Porque lo primero no fue prohibido, antes es muy ordinario en semejantes contratos capitular en fauor de los hijos de aquel Matrimonio. como se prueba muy bien de todo el tractado de Fontanela, y Molino *de pactis nuptialibus*. Y de lo segundo no ay que hazer caso, porque no ay probança de la fuerça, antes la ay de lo contrario, como bien consta del Memorial. Y assi esperamos se determine, como Doña Francisca Antonia pretende. Saluo in omnibus, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.